

Graf-Peter Calliess, Frankfurt am Main

Matthias Mahlmann, Berlin

Der Staat der Zukunft

Eine Einleitung

(in: Calliess/Mahlmann (Hrsg.), Der Staat der Zukunft, ARSP Beiheft Nr. 83, Stuttgart 2002, S. 11-26)

The editors of this volume, collecting the contributions to a congress which took place in April 2001 in Berlin, start with a brief summary of the ongoing debate on the modernisation of the State, its foundations and justifications, tasks, means, and limits. In the following they do not only provide an overview over these contributions, but try to contextualise them in the framework of the theory of modern statehood. Finally they formulate eight theses on "The State of the Future", meant to be normative propositions in the necessary process of a positive reconstruction of the theory of the State under modern social conditions.

I. Einleitung

Der Titel der Tagung¹, deren Beiträge dieser Band dokumentiert, ist Programm: Jenseits der postmodernen Abschiedsstimmung, in die manche Reflexion über die Zukunft des Staates je nach theoretischer und politischer Orientierung melancholisch oder mit Schadenfreude verfällt, setzt er voraus, was eigentlich selbstverständlich sein sollte: dass es auch in Zukunft den Staat weder theoretisch noch praktisch zu verabschieden gilt. Er versucht deutlich zu machen, dass es im Jahre 1 eines neuen Jahrtausends in der Berliner Republik nicht mehr um eine Fortsetzung der allgemeinen Verunsicherung der achtziger und neunziger Jahre gehen kann. Es reicht nicht theoretisch (und manchmal – so scheint es – nur theoretisch und ohne zur Kenntnis zu nehmen, welche Rolle moderne Staaten in den Industriegesellschaften faktisch spielen) zu bezweifeln, ob der Staat der Zukunft noch souverän, national, sozial, steuernd, intervenierend etc. sein könne, um nur einige Attribute des Staates zu nennen, die Gegenstand der skeptischen Überlegungen sind. Rückblickend auf die Debatten um die Steuerungsfähigkeit des Staates, die Krise des Sozialstaats, Deregulierung, Privatisierung und Entbürokratisierung sowie Internationalisierung und Globalisierung ist es an der Zeit, Lösungswege zur Diskussion zu stellen. Nach der soziologischen Entzauberung und philosophischen Dekonstruktion des Staates bedarf es gegenwärtig einer Gegenbewegung: der praxisfähigen Rekonstruktion normativer Leitbilder.

Dass sich der Staat angesichts gewandelter gesellschaftlicher Rahmenbedingungen neu definieren muss, scheint niemandem mehr bewusst zu sein als der Politik selbst. Ob dabei immer klar genug an wirklichen normativen Leitbildern gearbeitet wird ist dagegen unsicher. Vielleicht auch unter dem Eindruck des Trommelfeuers wissenschaftlicher Entzauberung und Dekonstruktion sind die politischen Parteien und die letzten Bundesregierungen in einen wissenschaftlich begleiteten Prozess der Reflexion über die Modernisierung des Staates eingetreten. Zunächst eher negativ-dekonstruktivistisch wurde unter dem Schlagwort „schlanker Staat“² ein Programm entwickelt, das sich wesentlich aus der Ablehnung der übermäßigen Ausbreitung des Interventionsstaats auf Kosten privater Initiative herleitet und seine Wurzeln in der

1 Vgl. den Tagungsbericht von A. Kemmerer in der FAZ vom 8.5.2001.

2 Vgl. den Abschlussbericht des Sachverständigenrats "Schlanker Staat" beim BMI, 1997.

politisch-philosophischen, liberalen und konservativen Staatskritik des 20. Jahrhunderts hat. An die Ergebnisse dieser ersten Phase anknüpfend wurde eine zweite, eher positiv-rekonstruktive Phase durch neue Leitbilder der „Zivil- bzw. Bürgergesellschaft“³ und des „aktivierenden Staats“⁴ geprägt. Mit dem Begriff der „Aktivierung“ wird seit dem Regierungswechsel 1998 versucht, verschiedenste Topoi der Modernisierungsdebatte unter einem Dach zu versammeln, von der Kooperation, Verantwortungsteilung und Public-Private-Partnerships über Effizienzsteigerung und Kostenkontrolle bis hin zu Bürgernähe und Mitarbeitermotivation.⁵

Die Rechtsphilosophie kann an diesen praxisorientierten Prozessen der Konstruktion und Implementation neuer Leitbilder nicht in gleicher Weise teilhaben wie etwa die mit konkreten Problemen befasste Politik und Verwaltung und die sie unmittelbar begleitenden Wissenschaften. Als Philosophie ist sie einerseits für die Grundlagenreflexion zuständig, als Rechtswissenschaft betrachtet sie andererseits bestimmte Aspekte des Wandels - wie etwa den Einzug des ökonomischen Effizienzprinzips in die staatliche Verwaltung - nur insoweit, als dies unter Rechtsgesichtspunkten relevant ist. Dennoch ist es aus mindestens drei Gründen notwendig, den beschriebenen Prozess des Wandels rechtsphilosophisch zu reflektieren und zu begleiten: Erstens aus dem philosophischen Urmotiv der Erkenntnislust, die gesellschaftsumgestaltenden Prozesse zu verstehen und theoretisch zu fassen. Zweitens, um kritische Maßstäbe für ihre Bewertung aufzurichten oder – ebenso wichtig - schlicht zu bewahren. Drittens, um den ideengeschichtlichen Horizont abzustecken, in welchem die Diskussionen sich bewegen, damit wichtige gesellschaftliche Reformen nicht atemlos werden und ohne historisches Augenmaß betrieben werden. Dementsprechend ist diese Tagung vom Bundesministerium der Justiz – nicht etwa vom Bundesministerium des Innern, welches das Staatsmodernisierungsprogramm federführend koordiniert – als im Bundesinteresse liegend gefördert worden. Der Wert der im Tagungsband versammelten Beiträge dürfte dabei weniger in unmittelbar anschlussfähigen Empfehlungen an die handelnden Entscheidungsträger zu finden sein. Vielmehr werden eine Reihe von Fragestellungen die das Verhältnis von Recht, Staat, Gesellschaft, Identität, Verfassung, Menschenrechten und Gerechtigkeit betreffen aufgeworfen, die für das Verständnis der Rolle eines modernisierten Staates aus den drei genannten Gründen von grundlegender Bedeutung sind.

Im folgenden soll ein Rückblick auf die jüngere Staatsdiskussion (II.) mit einem Überblick über die auf der Tagung behandelten Themen und deren Einordnung in den größeren Kontext der Staatsdebatte (III.) verbunden werden, um schließlich in Form einiger Thesen aus Sicht der Herausgeber einen Ausblick auf den Staat der Zukunft zu riskieren (IV.).

3 Zivilgesellschaft: J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, Kap. VII u. VIII; O. Gerstenberg, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie*, 1997; Bürgergesellschaft: R. Dahrendorf, *Ein neuer dritter Weg? Reformpolitik am Ende des 20. Jahrhunderts*, 1999.

4 Gerhard Schröder, Die zivile Bürgergesellschaft. Anregungen zu einer Neubestimmung der Aufgaben von Staat und Gesellschaft, in: *Die neue Gesellschaft - Frankfurter Hefte* 4/2000

5 Vgl. die Beiträge in: G. F. Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999. Aktueller Überblick über die Projekte der BReg unter www.staat-modern.de.

II. Rückblick

Die gegenwärtige Debatte um den Staat der Zukunft reiht sich ein in eine lange Historie der Reflexion über den Staatsbegriff.⁶ Diese Diskussion wird nicht nur aus abstraktem semantischen oder begriffsgeschichtlichen Interesse geführt. Der Staat ist der Inbegriff der politischen Organisation von Sozialverbänden. Deswegen ist jede Debatte um den Staat gleichzeitig eine Debatte um politische Ordnungsvorstellungen, um die gelungene politische Organisation von Gesellschaften. Jellinek hat diesen Zusammenhang prägnant formuliert: „'Politisch' heißt ‚staatlich‘; im Begriff des Politischen hat man bereits den Begriff des Staates mitgedacht“.⁷ Im Hinblick auf die weitverbreitete und Zustimmung verdienende Betonung des auch politischen Eigenwertes nicht-staatlicher, zivilgesellschaftlicher Organisation und Assoziation in einer von einem paternalistischen Staat emanzipierten Bürgergesellschaft wird man aus heutiger Sicht der umstandslosen Identifikation von Politik und Staat skeptisch gegenüberstehen. Es bleibt aber die Erkenntnis, dass eine Debatte über den Staat ohne politische Positionsbestimmung nicht zu haben ist, auch nicht in den Grundlagenreflexionen der Rechtsphilosophie.

Was ist nun mit dem Begriff des Staates genauer gemeint? Hier schon scheiden sich die begriffsgeschichtlich Orientierung suchenden Geister. Der Staat wird manchmal als Oberbegriff von jeder Art von organisatorisch, zeitlich und sozial verfestigter politischer Ordnung verstanden. Unter diesen weiten Staatsbegriff können dann die antike polis ebenso gebracht werden wie der supranationale Herrschaftsverbund der Europäischen Union. Geläufig ist aber auch ein engerer Staatsbegriff, der den Staat mit zentralen Entwicklungen der Neuzeit verknüpft. Historischer Hintergrund ist dabei insbesondere die Überwindung der konfessionellen Bürgerkriege seit dem 16. Jahrhundert und die Entwicklung der absolutistischen Herrschaftsform. Insbesondere wird die Souveränitätslehre Bodins⁸ als Kern des neuen und aus dieser Sicht eigentlichen Staatsverständnisses genannt.⁹ Andere historisch relevante Entwicklungen sind z.B. die Herausbildung von Ämtern mit festumrissenen Aufgaben und Zuständigkeiten, die Entwicklung der Staatsfinanzen, die Genese einer Zentralverwaltung, die Inappellabilität von Entscheidungen oder die Territorialität der neuen Ordnungen.

Als Kernmerkmale der sich wandelnden politischen Organisationsform der europäischen Sozialverbände der Neuzeit lassen sich die *Transpersonalität* der Organisation von Herrschaftsgewalt und ihre (allmähliche) *konkrete rechtliche Verfasstheit* ausmachen. Der Staat wird als Organisationsstruktur von der Person eines Herrschers abgelöst und gleichzeitig unter das Regiment von Rechtsnormen gebracht. Am Ende dieser Entwicklung wird der Staat – zumindest in der deutschen Staatsrechtslehre – als juristische Person gefasst, die durch rechtliche Normen konstituiert wird und aus der Sicht des staatsrechtlichen Positivismus sogar in diesem Normenbestand aufgeht.¹⁰ Kant hat diese Verbindung von Staatlichkeit und Recht auf die knappe Formel gebracht: „Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von

6 Vgl. zur juristischen Begriffsgeschichte im 20. Jahrhundert den Überblick bei C. Möllers, *Staat als Argument*, 2000.

7 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1960, 180, zum sozialen Staatsbegriff.

8 J. Bodin, *Les six livres de la république*, 1961

9 Einflussreich immer noch Carl Schmitt, Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff, in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1985, 375 f. Kritisch Möllers (Fn 6), 214ff.

10 H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1928, 75.

Menschen unter Rechtsgesetzen“.¹¹ Um diese Elemente der Transpersonalität und der (heute anspruchsvollen, demokratischen, grundrechtsorientierten) rechtlichen Verfasstheit ist die Trias der staatsbegründenden Elemente der Staatsgewalt, des Staatsvolkes und des Staatsgebietes¹² zu ergänzen, wenn man bestimmen will, was als Minimalanforderung einen Staat ausmacht, der nicht nur ein (völkerrechtliches) Faktum ist, sondern normativen Mindeststandards entspricht.

Die Bemühungen um die konstituierenden Merkmale des Staates sind auch und gerade heute wieder aktuell. Auseinandersetzungen um die Staatsnatur von Sozialordnungen in Zeiten supranationaler Organisationsformen sowie der Globalisierung, stellen nämlich in Frage, ob die dargelegten Grundlinien des neuzeitlichen Staatsbegriffs noch die sozialen Phänomene erfassen, in denen sich öffentliche Gewalt heute konstituiert. Die in diesem Zusammenhang diskutierten Probleme von Föderalismus, Subsidiarität und Systemwettbewerb einerseits sowie von Privatregimes, „Hybrid Governance“ und Konstitutionalisierung andererseits sind freilich bereits aus dem traditionellen Diskussionskontext bekannt.¹³

Weiter beschäftigt sich die Debatte um die Zukunft des Staates mit der Art seiner Zwecke und damit natürlich eng verbunden, die Art der Mittel, um diese Zwecke zu verwirklichen. Dabei werden normative, aber auch ganz pragmatische Fragen gestellt. Es wird nicht nur untersucht, welche Zwecke und Aufgaben der Staat haben und welche Mittel er legitimerweise einsetzen *soll*. Es geht auch – und sogar in besonderer Weise – darum, welche Mittel der Staat überhaupt mit Erfolgsaussicht einsetzen *kann*. Dies ist der Gegenstand der seit Jahren anhaltenden Debatte um die Steuerungsfähigkeit staatlichen Handelns, und insbesondere um die Steuerungsfähigkeit des Rechts.¹⁴ Dabei wird argumentiert, dass auf globaler Ebene, in Abwesenheit eines schon institutionalisierten Staates die Verwirklichungschancen alternativer Regulierungsmodelle ungleich höher ausfallen, was nicht ohne Rückwirkungen auf das Selbstverständnis der Nationalstaaten bleibe.¹⁵

Die Frage nach den materialen Staatszwecken kann man an den – in gewisser Weise Extrempositionen der Theorie absteckenden – Staatsauffassungen von Hobbes und Hegel verdeutlichen. Hobbes Staatskonzept begründet einen Staat mit eigentlich nur einer Elementarfunktion: den Bürgerkrieg zu verhindern, Frieden zu stiften: „The final Cause, End, or Designe of men, (who naturally love Liberty, and Dominion over others,) in the introduction of that restraint upon themselves, (in which we see them live in Common-wealths,) is the foresight of their own preservation“.¹⁶

11 I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, *Akademie Ausgabe*, Bd. 6, 1907/14, 313

12 Jellinek (Fn. 7), 394 ff.

13 So ist der Topos des Systemwettbewerbs der Föderalismusdebatte etwa in Deutschland und den USA nicht unbekannt, wurde aber weniger ökonomistisch als heute primär als Wettkampf um die Durchsetzung der besten politischen Ideen verstanden. Vgl. etwa C. Calliess, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, 2. Aufl. 1999 m.w.N.; Zum Bereich gesellschaftlicher und privater Normsetzung vgl. ausführlich P. Zumbansen, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat*, 2000.

14 Vgl. D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990; H. Willke, *Ironie des Staates*, 1992; zur Steuerungsfähigkeit speziell der Verfassung: D. Grimm, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1996, 613 ff.; Überblick bei G. Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, 73 ff. m.w.N.

15 Vgl. aus rechtlicher Sicht die Beiträge in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, 1997; R. Voigt (Hrsg.), *Die Globalisierung des Rechts*, 1999/2000; aus politischer Sicht: T. Brühl et al. (Hrsg.), *Die Privatisierung der Weltpolitik*, 2001.

16 T. Hobbes, *Leviathan*, 1968, 223

Die Staatsfunktion ist hier auf die Friedensfunktion reduziert. Hegel dagegen verteidigt einen emphatischen Staatsbegriff, der die Friedensfunktion in das substantiell Moralische hinein transzendiert: Weit davon entfernt, lediglich das physische Überleben der Staatsbürger zu gewährleisten, ist der Staat für Hegel die objektive Verwirklichung des normativen Ideals. Er ist die Realität der Sittlichkeit, das Wirklichkeit gewordene objektive Gute: „Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee“.¹⁷

Im 20. Jahrhundert vertrat – nachdem der Anti-Etatismus der theoretischen Gründerväter Marx und Engels von Lenin in seiner Apologie der Diktatur abgeschüttelt worden war¹⁸ – der Staatssozialismus zweifellos einen emphatischen Staatsbegriff, der den Staat mindestens in den Scheinwelten der Ideologie zum omnipotenten und allzuständigen Agenten der Verwirklichung der idealen Gemeinschaft machte. Der Gegenpol zu diesen Ideen war der radikale Liberalismus¹⁹, der gegen den Staat auf die Selbstorganisation von Gesellschaft und Wirtschaft setzte.

In einer wichtigen Hinsicht, die einen anderen Gegenstand der heutigen Grundlagendebatten markiert, nämlich dem Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft gibt es aber auch Gemeinsamkeiten zwischen Hobbes und Hegel: In beiden Konzeptionen wird der Wert des Individuums gegenüber der Majestät des Ganzen gering veranschlagt. Bei Hobbes sind die Rechte des Einzelnen dem Interesse an der Etablierung einer Friedensordnung unterzuordnen.²⁰ Bei Hegel bezieht das Individuum seinen Wert akzessorisch aus der Einordnung in das Kollektiv.²¹ Hier wird die Gegenposition durch die Theoretiker des liberalen Staates markiert, im deutschen Bereich in der konstitutiven Phase der Aufklärung etwa durch W. v. Humboldt.²²

Diese Grenzpositionen markieren auch heute wichtige Pole der gegenwärtigen internationalen Diskussion: Ist der Staat auf eine Schutzfunktion zu begrenzen? Ist der Rechtsschutz verbürgende Minimalstaat das Leitbild der Zukunft? Hat er im Gegenteil die Aufgabe, ein material bestimmtes Gemeinwohl umzusetzen? Ist er einem konkreten ethischen Ideal verpflichtet? Welche Rolle haben die Bürger dabei? Welcher Beitrag zur Verwirklichung des Gemeinwohles ist ihnen ohne staatliche Lenkung und Intervention zuzutragen? Welche Rechte sind dabei für sie zu gewährleisten? Gibt es einen Vorrang der Gemeinschaft vor dem Individuum oder des Individuums vor der Gemeinschaft? Wie sind diese Fragen im Angesicht neuer Problemlagen der modernen Welt zu beantworten?

Im internationalen Rahmen wurden in den letzten Jahren die Fragen nach den *materialen Staatszielen*, der Verpflichtung auf einen substantiellen ethischen Entwurf insbesondere von *Liberalen* und *Kommunitaristen* diskutiert, die letzteren dabei in bewusstem und ausdrücklichem Rückgriff auf die aristotelische und hegelianische Tradition.²³ Aus ihrer Sicht ist eine kollektive Identität einer Gemeinschaft unverzichtbar und konstituiert erst die konkreten Individuen in ihrer Persönlichkeit. Die Libera-

17 G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 257

18 Vgl. W. I. Lenin, *Die nächsten Aufgaben der Sowjetmacht*, 1918.

19 F. A. v. Hayek, *The Constitution of Liberty*, 1960; R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974.

20 Hobbes (Fn. 16), 229 ff.

21 Hegel (Fn. 17), § 258

22 W. v. Humboldt, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, 1967

23 Vgl. J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977 einerseits und A. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 1981; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, 1982 andererseits.

len verteidigen dagegen das Primat des Individuums. Die *Diskurstheorie* sieht den Staat im wesentlichen als eine institutionell verfestigte Rahmenordnung der Selbstverständigung einer Gemeinschaft.²⁴ Vernünftig und legitim sind die unter den prozeduralen Bedingungen dieser Rahmenordnung erzielten Ergebnisse. Auf einen emphatischen Begriff der Identität wird dabei verzichtet. Neben den klassischen Positionen des insbesondere durch Annahmen der ökonomischen Theorie von der Selbststeuerung des Marktes inspirierten Liberalismus (Hayek) wird der *Steuerungsskeptizismus* heute theoretisch besonders durch die *Systemtheorie* unterfüttert, die energisch die jeweils eigene Systemrationalität verschiedener gesellschaftlicher Subsysteme behauptet, die sich ausdifferenziert hätten. Aufgrund von Selbstreferenz (Autopoiese) seien diese im Kern impermeabel gegenüber den Einflüssen anderer Systeme, weshalb politische Steuerung eher indirekt als über strukturelle Kopplung vermittelte „regulated self-regulation“ konzipiert werden müsse.²⁵

Konkretere Konzepte werden unter dem Stichwort kooperativer²⁶ oder aktivierender Staat, New Public Management durch Effizienzprinzip oder Ökonomisierung des Staatshandelns²⁷, Public-Private-Partnerships, Co-Regulierung²⁸, Hybrid Governance²⁹ oder der Verantwortungsteilung³⁰ zwischen Staat und Privaten vertreten. Dabei wird es unternommen, bereichsspezifisch auszutarieren, wo überhaupt und wenn ja in welcher Form der Staat handelnd eingreifen kann. Dogmatische Typologien umfassen dabei z.B. die Erfüllungs-, Gewährleistungs-, Auffang- und Rahmenverantwortung des Staates bzw. der Privaten.³¹ Öffentliches Recht und Privatrecht werden in diesem Zusammenhang als wechselseitige Auffangordnungen verstanden.³² Referenzfall für die praktische Implementierung solcher Regulierungstechniken ist

24 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992; ders., *Die Zukunft der menschlichen Natur*, 2001

25 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993; ders., *Die Politik der Gesellschaft*, 2001; zu einem diskurs- und systemtheoretische Ansätze vermittelnden Konzept vgl. G. Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999. Kritisch Mahlmann, *Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoietische Evolution des Rechts*, *ZfRsoz* 2000, 264.

26 Vgl. mit Blick nach innen: A. Benz, *Kooperative Verwaltung*, 1994; N. Dose/ R. Voigt (Hrsg.), *Kooperatives Recht*, 1995; mit Blick nach außen: S. Hobe, *Der kooperationsoffene Verfassungsstaat*, *Der Staat* 1998, 521 ff.; aus privatrechtlicher Sicht J. Esser, *Der kooperative Nationalstaat im Zeitalter der Globalisierung*, in: D. Döring (Hrsg.), *Sozialstaat in der Globalisierung*, 1999, 117 ff.

27 Vgl. aus betriebswirtschaftlicher Sicht: P. Eichhorn, *Öffentliche Betriebswirtschaftslehre*, 1997; D. Bräunig/ D. Greiling (Hrsg.), *Stand und Perspektiven der Öffentlichen Betriebswirtschaftslehre*, 1999; aus juristischer Sicht: H. Hill, *Politik und Gesetzgebung im Neuen Steuerungsmodell*, *Speyerer Arbeitsheft* Nr. 114, 1998.

28 Vgl. zu diesem vornehmlich im Rahmen der globalen Internetregulierung als Synonym für „Steuerung von Selbststeuerung“ bzw. „regulierte Selbstregulierung“ verwendeten und daher mit den Konzepten „reflexives“ bzw. „Prozedurales Recht“ verwandten Begriff G. Calliess, *Globale Kommunikation – staatenloses Recht*, *ARSP-Beiheft* 79, 2001, 61 ff.

29 Vgl. C. Engel, *Hybrid Governance Across National Jurisdictions as a Challenge to Constitutional Law*, MPP-RDG Preprints 2001/8 (www.mpp-rdg.mpg.de/pdf_dat/001_8.pdf).

30 Vgl. E. Schmidt-Aßmann, *Zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze*, in: *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, hg. von W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Aßmann, 1993, 43 f.

31 Zusammenfassend m.w.N. Schuppert (Fn. 5), 21.

32 Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996; jüngst am Beispiel des Nachbarrechts C. Calliess, *Die Verwaltung* 2001, 169 ff. m.w.N. Vgl. Zumbansen (Fn. 13), der darlegt, dass es sich hierbei im Kern um eine Verarbeitung von Lernerfahrungen zwischen den Ordnungsmustern Staat, Gesellschaft und Vertrag handele.

die Telekommunikation: Die Privatisierung erfolgt als Deregulierung einerseits (Abschaffung staatlicher, gesetzlich abgesicherter Monopole) und Reregulierung andererseits: 1. Staatliche Gewährleistungsverantwortung, private Erfüllungsverantwortung (Universaldienst); 2. Öffentlich-rechtliche Verwaltung knapper Ressourcen (Frequenzen, Nummern etc.); 3. Konstitutionalisierung der privatrechtlichen Aufgabenerfüllung: a) Endkundenentgeltregulierung und Kundenschutz als besondere Form des privatautonomieumgrenzenden Verbraucherschutzes im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher bzgl. Preis/Leistung und Konditionen; b) Zugangsansprüche zu wesentlichen Einrichtungen und daraus resultierend Konditionen- und Entgeltregulierung als besonderes Kartell- bzw. Wettbewerbsrecht, also Marktordnungsrecht (Wirtschaftsverfassung) im Verhältnis der Wettbewerber untereinander.³³

Bei aller Berechtigung dieser ungemein produktiven – manchmal vielleicht etwas atemlos wirkenden – Beschäftigung mit dem Staat der Zukunft - ist freilich der gemeinsame Boden nicht zu vergessen, auf dem die Debattierenden im allgemeinen fest stehen. Es besteht zweifellos ein – seit dem 11. September 2001 neu ins Bewusstsein gehobener – Grundkonsens darüber, dass die Friedensfunktion des Staates unverzichtbar ist. Die Gewährleistung innerer und äußerer Sicherheit durch Begründung des staatlichen Gewaltmonopols ist der grundlegende, jede höhere soziale Ordnung erst ermöglichende Staatszweck. Seit dem Aufbruch der Arbeiterbewegung im 19. Jahrhundert und anderer sozialer Bewegungen wie der Frauenbewegung danach ist auch die soziale Sicherheit heute ein zumindest im Prinzip konsentierter Staatszweck und in Deutschland durch die *Sozialstaatsklausel* in Art. 20 Abs. 1 GG verfassungskräftig verbürgt. Der Bewusstseinswandel und die politische Vertretung ökologischer Probleme und Anliegen hat auch den *Umweltstaat* zu einem Thema der Reflexion über den Staat gemacht.³⁴ Art. 20a GG oder Art. 174 EGV legen davon ein Zeugnis ab. Art. 23 GG macht die Einbindung der deutschen Verfassungsordnung in die Europäische Union zum verfassungsverbürgten Projekt.

Wieweit aber die Verantwortung des Staates für sozialen Ausgleich und ökologische Bewahrung gehen soll, ist höchst umstritten - nicht verwunderlich, weil damit zentrale Fragen gesellschaftlicher Güterverteilung und Arten der Wertschöpfung berührt werden. Das neue Bewusstsein internationaler Verflechtung hat den Debatten eine weitere Dimension hinzugefügt: Wie sind die nach Innen und Außen Frieden wahrenden, sozialen und ökologischen Aufgaben des Staates unter den Vorzeichen der Europäisierung und Globalisierung zu verwirklichen?³⁵ An politischer Brisanz fehlt es den Debatten um den zukünftigen Charakter des Staates sicher nicht, welche mitunter mehr Aufmerksamkeit verdienen sollte, als der Feinschliff neuer begrifflicher

33 Vgl. M. Ruffert, Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, *AöR*, Band 124 (1999), 237 ff.; M. Eifert, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, 1998; Zu Kundenschutz und Zugangsansprüchen in der Telekommunikation vgl. F. Säcker/ G. Calliess, Billing und Inkasso fremder Telekommunikationsdienstleistungen, *Kommunikation & Recht*, 1999, 289 ff.; 337 ff. m.w.N.

34 In diesem Zusammenhang lässt sich trefflich streiten, ob neue Staatszwecke wie etwa der Umweltschutz nicht bereits logisch aus der Friedensfunktion des Staates, d.h. vermittelt über grundrechtliche Schutzpflichten aus der staatlichen Übernahme des Gewaltmonopols folgen: vgl. dazu C. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001.

35 Zur rechtsphilosophischen Bearbeitung der Globalisierung vgl. die Vorträge auf der 8. Tagung des Jungen Forum Rechtsphilosophie in: Anderheiden/Huster/Kirste, Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, *ARSP-Beiheft* 79, 2001.

Beschreibungsrahmen, dem zuweilen der fade Beigeschmack philosophischer Resignation gegenüber den normativen Kernproblemen beiliegt.

III. Überblick: Die Referate im Kontext der aktuellen Diskussion

1. Staatlichkeit und internationale Verflechtung

Eine zentrale Herausforderung an die Organisation von politischen Verbänden der Zukunft besteht in der Etablierung von intelligenten Institutionen, die der internationalen Vernetzung in Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, Kultur und anderen gesellschaftlichen Bereichen gerecht werden. Eine Reihe von Problemen stellen sich. Welche Konsequenzen ergeben sich für den Staatsbegriff, insbesondere für dessen Kernbestandteil der Souveränität? Welche für seine festgestellte oder postulierte Bindung an ein häufig noch national konzipiertes Staatsvolk? Welche Konzepte der Herrschaftsausübung sind zu bilden? Hierarchische? Heterarchische? Wie kann demokratische Legitimation und Partizipation in solchen supranationalen oder internationalen Zusammenhängen gewährleistet werden?

Die Ebenenverflechtung im internationalen politischen System führt zu einer Invisibilisierung und Verflüchtigung von Verantwortlichkeit. Souveränität aber – so formuliert etwa Kant³⁶ – ist unteilbar. Ist es angesichts des erreichten Stands an völkerrechtlicher Verdichtung aber wirklich angemessen, die Nationalstaaten deshalb immer noch als „Herren“ der völkerrechtlichen Verträge anzusehen? *Christoph Kletzer* versucht die Frage für die Europäische Union – und zwar so wie sie ist, nicht wie sie irgendwann sein mag – mit Kelsen normlogisch zu entscheiden. Die Antwort findet er in der Konstruktion einer Ganzes und Teile übergreifenden Gesamtverfassung, in der über die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten entschieden werde. Allein das in Art. 48 EUV konstituierte Organ sei Herr dieser Gesamtverfassung, auch wenn dieses Organ sich aus den Regierungsspitzen der Mitgliedstaaten rekrutiere. Ist der gängige Streit um Kompetenz-Kompetenz und nationale Souveränität damit bloß nostalgische (bzw. politisch-strategische) Übergangssemantik, das Beharren auf kultureller Verschiedenheit und fehlender Identität als Grundlage für ein europäisches Staatsvolk rechtlich irrelevante Larmoyanz?

Interessant wäre im Anschluss hieran, ob sich diese Position auch auf globaler Ebene durchhalten ließe, wo sich internationale Organisationen weniger föderal als vielmehr funktional um Themen gruppiert organisieren und in den Überschneidungsbereichen sowie im Verhältnis zu privaten Akteuren der Weltpolitik ein Wettbewerb der Jurisdiktionen entsteht. Wo lässt sich Souveränität normlogisch in einer Globalverfassung festmachen, in der sich eine WTO als Gegenpolitik zur UNCTAD etabliert, oder OECD (deliberation, moral suasion, softlaw) mit WTO (hard law, appellate body) und Privatregimes (Global Business Dialogue) bei der weltwirtschaftlichen Ordnungsbildung konkurrieren?³⁷ Könnten hier Begriffsschöpfungen wie „Hybrid Governance“ und „Co-Regulierung“ im scharfen Lichtkegel der Normlogik überzeugen,

36 „Denn könnte dieser“ (der Souverän) „auch gezwungen werden, so wäre er nicht das Staatsoberhaupt, und die Reihe der Unterordnung ginge aufwärts ins Unendliche“ I. Kant, *Gemeinspruch, Werke*, hg. von W. Weischedel, Bd. VI, 146 f.

37 Zur Theorie der FOCl (Functional Overlapping and Competing Jurisdictions) vgl. Frey/Eichenberger, *The New Democratic Federalism for Europe*, 1999; Zu einem Kollisionsrecht der internationalen Organisationen M. Ruffert, Zuständigkeitsgrenzen internationaler Organisationen im institutionellen Rahmen der internationalen Gemeinschaft, *ArchVR*, Band 38 (2000), 129 ff.

oder unterfielen sie dem gleichen Verdikt wie die „gemeinschaftliche Souveränitätsausübung“ in der EU?

Innovative Produkte sind regelmäßig bereits dann überholt, wenn sie auf dem Höhepunkt ihres wirtschaftlichen Erfolgs angelangt sind. Wie steht es in dieser Hinsicht mit der bahnbrechenden Innovation der Staats- und Demokratietheorie der Aufklärung, dem demokratischen Verfassungsstaat? Unzweifelhaft haben Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungsrechtsprechung gerade in Deutschland nach 50 Jahren Grundgesetz ein historisch unüberbotenes Niveau erreicht. *Petra Dobner* arbeitet dennoch die These vom Ende der überragenden Bedeutung traditioneller politisch-nationaler Verfassungen und damit des Verfassungspatriotismus aus. Die Institution des demokratischen Verfassungsstaates werde schleichend und doch unübersehbar innerlich ausgezehrt, weil dem normativen Überbau der Verfassung das gesellschaftliche Substrat des Nationalstaats durch Veränderungen in allen drei Wesensmerkmalen, nämlich der Territorialität, der Souveränität und des Staatsvolkes abhanden komme.

Und nach der Verfassung? Folgt aus der Denationalisierung und Entterritorialisierung das Ende der Institution Verfassung oder eine Erweiterung des Verfassungsbegriffs etwa im Sinne einer Konstitutionalisierung internationaler Politik und globaler Privatregimes? Die Selbstverständlichkeit jedenfalls, mit der zuweilen von einer Eins-zu-Eins-Übertragbarkeit des Rechts- und Verfassungsstaats auf Phänomene der globalen und/oder privaten „Governance“ ausgegangen wird, führt wohl in die Irre. Bei der Diskussion um Global-, Wirtschafts-, Zivil-, Privat- oder Spontanverfassungen³⁸ scheint der Verfassungsbegriff einer intelligenten, phantasievollen und innovativen Reinstitutionalisierung der abstrakten Idee vom demokratischen Rechtsstaat unter modernen Bedingungen wegen seiner spezifisch historischen Prägungen und den dadurch ausgelösten Erinnerungen häufig im Wege zu stehen. Andererseits wurden unter den Verfassungsbegriff schon immer derart heterogene soziale Ordnungen zusammengefasst, dass er auch für manche der diskutierten neuen Phänomene Verwendung finden könnte. Um Missverständnissen vorzubeugen, behilft man sich gegenwärtig gern mit dem Begriff der „Konstitutionalisierung“.³⁹

Detlef von Daniels wendet sich mit kritischem Blick O. Höffes Konzeption eines Weltstaates in kantischer Tradition zu. Dabei wird das zugrundeliegende Konzept eines Gesellschaftsvertrages als unzureichend kritisiert. Eine empirisch orientierte, sozialwissenschaftliche Rekonstruktion der Genese erfolgreicher staatlicher Friedensordnungen und internationaler Verflechtungen ergebe ein anderes Bild als das von Höffe gezeichnete. Dem Einwand, keine empirische, sondern eine normative Theorie zu liefern sei entgegenzuhalten, dass eine Theorie der Transformation der bestehen-

38 Der Verfassungsbegriff ist zunächst in Bezug auf die EU umfassend diskutiert worden: vgl. statt aller G. Frankenberg, Die Rückkehr des Vertrages. Überlegungen zur Verfassung der EU, in: L. Wingert/ K. Günther (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, FS Habermas, 2001, 507 ff. m.w.N.; sodann auch für das Völkerrecht: Faßbender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, in: *Colombia Journal of Transnational Law* 1998, 529 ff.; R. Uerpmann, Internationales Verfassungsrecht, *JZ* 2001, 565 ff.; zu WTO und internationaler Wirtschaftsverfassung vgl. nur A. v. Bogdandy, Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation, *KJ* 2001, 264 ff.; zu privaten Spontanverfassungen G. Teubner, Privatregimes: Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft, in: Simon/Weiss (Hg.), *Zur Autonomie des Individuums*, FS Spiros Simitis, 2000, 437 ff.; ders., *Digitalverfassung* (www.uni-frankfurt.de/fb01/teubner).

39 Vgl. etwa: „Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung“, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 40 (2001).

den Staatenwelt in den Weltstaat fehle. Auch als regulative Idee sei der Weltstaat nicht anziehend. Wer garantiere etwa die Nichtverbreitung „weltstaatsfeindlicher Lehren“? Höffe unterschätze außerdem das Konfliktlösungspotential nichtstaatlicher Ordnungen. Im übrigen berge der Weltstaat aus innerer Logik die Gefahr seiner Verwandlung in Despotismus.

Die Skepsis gegenüber einem Weltstaat nach dem Vorbild föderal organisierter Nationalstaaten ist weit verbreitet. So stellt sich etwa die Frage, was demokratische Legitimation in einem Weltparlament bedeuten könnte, in welchem 80 Millionen Deutsche durch wenige Abgeordnete repräsentiert würden. Die europäische Maastrichtdebatte gibt einen wohl eher milden Vorgeschmack auf mögliche Einwände. Gibt es umgekehrt eine Alternative zu einer weiteren Verfestigung der internationalen Ordnung? Sind die Gegenmodelle des Rechtspluralismus⁴⁰, der heterarchischen Netzwerke⁴¹ oder der Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions (FOCI)⁴² dauerhaft tragfähig, oder bleiben sie durch ein Wiedererwachen des Leviathan ständig bedroht?

b) Recht und Staat

Ein rechtstheoretisch traditionsreiches Problem betrifft die Frage, ob Recht an die Existenz eines Staates gebunden sei oder nicht. Während für die Naturrechtstradition die Dissoziierung von Recht und Staat selbstverständlich ist, ist für den Rechtspositivismus die Existenz von Recht von seiner ordnungsgemäßen staatlichen Setzung und Durchsetzung abhängig. Die Diskussion wird in der Gegenwart lebhaft geführt, insbesondere wird die *lex mercatoria* als zentrales und wichtiges Beispiel eines Rechts ohne Staat angeführt.⁴³

Lorenz Kähler geht der Frage „Staat ohne Recht, Recht ohne Staat“ ganz allgemein auch für den klassisch-nationalstaatlichen Kontext nach und zeigt begriffsgeschichtlich, dass die Identitätsthese insbesondere aus Sicht des Privatrechts nie unumstritten war. *Kähler* begrenzt seine Gegenthese vom Ende des rechtsphilosophischen Etatismus auf den Nachweis mangelnder Deckungsgleichheit: Recht und Staat seien zwei sich überschneidende Kreise lautet das Ergebnis. Zur Widerlegung der Identitätsthese sei dies hinreichend, ohne dass auf die Diskussion um ein Recht jenseits des Nationalstaats eingegangen werden müsste. Die sich aufdrängende Folgefrage wäre dennoch, wie groß ist die Schnittmenge? Und gibt es eine aktuelle Tendenz zur Verringerung dieser Schnittmenge durch Entstehung innerstaatlichen sowie globalen Rechts ohne Staat? Und schließlich: gibt es aus rechtsphilosophischer Sicht eine Mindestgröße der Schnittmenge, ohne die wir uns vom demokratischen Rechtsstaat verabschieden würden?

40 K. Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: Wingert/ Günther (FN. 38), 539 ff.

41 G. Teubner, Polykorporatismus: Der Staat als "Netzwerk" öffentlicher und privater Kollektivakteure. In: Niesen/Brunkhorst (Hrsg.) *Das Recht der Republik*. Festschrift Ingeborg Maus, 1999, 346

42 Vgl. Frey/Eichenberger (FN. 37).

43 K. P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999; ders. (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001; D. Lehmkuhl, *Commercial Arbitration - A Case of Private Transnational Self-Governance?* MPP-RDG Preprints 2000/1 (www.mpp-rdg.mpg.de/pdf_dat/0001.pdf); G. Calliess, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System*, GLJ Vol. 2 No. 17 - 01 November 2001 (www.germanlawjournal.com/print.php?id=109).

Martin Hochhuth zeichnet die Entwicklung des demokratischen Verfassungsstaats als Verrechtlichung der Politik nach. Die mit dem Übergang von der Staatsräson zur Menschenräson verbundene Selbstpreisgabe des Staats erfahre gegenwärtig eine Wiederholung und Verdoppelung im Völkerrecht. Als Beispiele für das Ende der Mediatisierung des Individuums durch den Staat führt er die Durchbrechung des Kriegsverbots durch humanitäre Intervention, das Ende der Immunität von Staatshäuptern bei der internationalen Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie das Wirtschaftsvölkerrecht der EU und WTO an, wobei er an letzterem die Gefahr der Verwechslung von Menschenräson und Geldräson beschreibt. Ist es aber wirklich der Mensch an sich, der durch individuelle Rechte gegen die übermächtigen Systeme Staat (Politik) und Wirtschaft verteidigt wird? Welche der individuell erhobenen Geltungsansprüche durchgesetzt werden, entscheidet ja die Rechtsräson, also der Richter, so ließe sich einwenden.⁴⁴ Kann die Menschen(rechts)räson dabei mitunter in einen Grundrechtsimperialismus umschlagen, dem durch eine (Selbst-) Begrenzung des Rechts zu begegnen wäre?⁴⁵ Und gibt es in der postmetaphysischen Moderne überhaupt noch rationale Wege vom „Menschen an sich“, womöglich sogar von der „menschlichen Natur“ zu sprechen? Wäre eine mentalistische Anthropologie hier ein gangbarer Weg?⁴⁶

c) Privatisierung

Ein zentraler Gegenstand der neueren Staatsdebatte ist die Privatisierung von Staatsaufgaben. Die wirtschaftlichen und politischen Implikationen sind weitreichend, zentrale gesellschaftliche Ordnungsmodelle treffen hier aufeinander. Bedeutende wirtschaftliche Interessen machen die Auseinandersetzung scharf. Nachdem die Frage nach dem „Ob“, also der Notwendigkeit von Privatisierung grundsätzlich entschieden zu sein schien, jedenfalls Zweifler von den Tatsachen überrollt wurden, stellt sich gegenwärtig die Frage nach den Grenzen der Privatisierung. Wo sind die Kernkompetenzen des Staates, die einer Privatisierung nicht zugänglich sind (sein sollen)? Kann man aus den Kategorien der Eingriffsintensität und des Verhältnismäßigkeitsprinzips zumindest eine Argumentationslastregel ableiten, nach der die Privatisierung öffentlicher Unternehmen sowie der Daseinsvorsorge im Vergleich zur klassischen Eingriffsverwaltung vorrangig ist, jedenfalls grundsätzlich anderen Maßstäben unterliegt? Ließe sich eine solche Regel auch auf die positivrechtlichen Vorgaben der Europäischen Wirtschaftsverfassung zum Umfang erlaubter Staatstätigkeit stützen? Im Hinblick auf das dort normierte Leitbild eines funktionsfähigen Wettbewerbs stellt sich zudem die Frage nach den Grenzen der Privatisierung in Bereichen, in denen der Wettbewerb als Verhaltenskorrektiv ausfällt. Wie ließe sich etwa ein Wettbewerb um einen grundrechtskonformen Resozialisierungsvollzug organisieren?

Angela Augustin kommt am Beispiel des Strafvollzugs zu dem auf den ersten Blick verblüffenden Ergebnis, dass solche Grenzen der Privatisierung rechtlich und verfassungspolitisch nicht festgemacht werden könnten. Sie setzt sich insbesondere mit dem staatlichen Gewaltmonopol und der Berufung auf eine besondere Recht-

44 In sehr extremer Weise beschreiben etwa G. Teubner und M. Hutter (Der Gesellschaft fette Beute: homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen, in: P. Fuchs/A. Göbel (Hrsg.), *Der Mensch – Medium der Gesellschaft*, 1994, 110 ff.) das Recht als „normhungriges Monster“, welches die Menschen und ihre Konflikte über die Gewährung subjektiver Rechte zur Fortsetzung seiner Autopoiese ausbeutet und versklavt.

45 G. Calliess, Das Tetralemma des Rechts, *ZfRSoz* 2000, 293 ff.

46 Vgl. M. Mahlmann, *Rationalismus in der praktischen Theorie*, 1999.

streue der Berufsbeamten als geläufigen Gegenargumenten auseinander. Entscheidendes Kriterium unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit sei allerdings nicht die Staatlichkeit des Vollzugs, sondern dessen Rechtmäßigkeit (Grundrechtskonformität). Während ein Blick ins Ausland beweise, dass ein staatlicher Vollzug diesen Kriterien nicht ohne weiteres genüge, sei unter den Bedingungen einer effizienten Rechtsaufsicht und glaubhafter Sanktionen (z.B. kurze Vertragslaufzeiten bzw. Kündigungsrechte) im Falle rechtswidriger Vollzugsmaßnahmen ein privat organisierter Vollzug dem staatlichen nicht per se unterlegen. Zur Vermeidung einer Abhängigkeit des Staates von privaten Vollzugsunternehmen sei die Privatisierung allerdings auf Teilbereiche zu beschränken. Streitet man in der Praxis immer noch darum, ob Banken, Energieversorger oder Friedhofsgärtnereien staatlich betrieben werden müssen/dürfen, so müsste man mit *Augustin* folgerichtig fragen, ob neben dem Strafvollzug nicht auch Strafgerichte privatisiert werden könnten, solange nur eine effektive staatliche Beaufsichtigung etwa durch die Revisionsinstanz des BGH verbliebe.

Es wäre einiges gewonnen, ließe sich eine materiale Theorie der Staatsaufgaben einer Wirtschaftsverfassung entnehmen. „Wirtschaftsverfassung“ ist freilich ein ideologisch aufgeladener Begriff.⁴⁷ Aus kapitalismuskritischer Perspektive zielt er auf die Umgrenzung und Einschränkung der Privatautonomie durch Wirtschaftsrecht.⁴⁸ Aus ordoliberaler Sicht soll das Wettbewerbs- und Kartellrecht eine vergleichbare Funktion erfüllen, freilich mit anderer Zielsetzung.⁴⁹ Sowohl dem Wirtschaftsverwaltungsrecht als auch dem Wettbewerbsrecht fehlen hingegen die für eine Verfassung kennzeichnende höherrangige Legalität. Das Grundgesetz selbst eröffnet diesbezüglich nach Auffassung des BVerfG weite Gestaltungsspielräume für den Gesetzgeber.

Jens Thomas Füller weist in diesem Zusammenhang detailliert nach, wie der EuGH aus den Formelkompromissen des europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 81 ff. EGV) eine ordoliberale Wirtschaftsverfassung hergeleitet hat, die im europäischen Primärrecht den großen Vorteil der zweistufigen Legalität (Vorrang des Gemeinschaftsrechts) zur Begründung einer „kartellrechtlichen Normenkontrolle“ nutzen könne. Dieser für traditionell etatistisch denkende Länder wie Frankreich und Italien unerhörte Vorgang ist von der Staatstheorie weitgehend unbemerkt geblieben. Bei den gegenwärtigen Diskussionen um die explizite Kodifikation einer europäischen Verfassung nach dem Vorbild nationalstaatlicher Verfassungstexte (angereichert, wie aus der Charta der Grundrechte der EU ersichtlich, um eine Vielzahl sozialer Rechte und Staatsziele) stellt sich im Anschluss daran die Frage nach dem Verbleib dieser Wirtschaftsverfassung.⁵⁰ Als Primärrecht könnte sie nur im unwahrscheinlichen Konsens aller Mitgliedstaaten abgeschafft oder auf Sekundärrechtsniveau herabgestuft werden. Könnte sie aber durch eine europäische Verfassungskodifikation gleichsam als „Superprimärrecht“ relativiert werden?

47 Zur Begriffsgeschichte: D. Wielsch, *Freiheit und Funktion, Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, 2001.

48 Vgl. etwa N. Reich, *Markt und Recht*, 1977.

49 Grundlegend F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, (1933) 1964: „Rechtsverfassung des Wirtschaftslebens“, Vorbemerkung zum unveränderten Nachdruck 1964; vgl. auch I. Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 6. Aufl. 1999 m.w.N.

50 Was in der gegenwärtigen Diskussion noch nicht bewusst geworden zu sein scheint: Vgl. etwa G. Frankenberg, (FN 38), der zu recht darauf hinweist, dass das europäische Primärrecht für eine Verfassung zu sehr von ökonomischen Kriterien dominiert werde, jedoch nicht problematisiert, ob eine Europäische Verfassung weitgehend ohne Wirtschaftsverfassung auskommen könnte.

d) Staat, Identität und Gemeinschaft

Eine der Konstanten der Bemühungen um die Theorie des Staates ist die Beschäftigung mit der Frage, inwieweit der Staatsbegriff mit den Begriffen der Identität und der substantiellen Gemeinschaft verbunden sei. Ist ein Staat ein bloßer formaler Rechtsbegriff, der den Organisationszusammenhang beschreibt, durch den eine bestimmte Anzahl von Menschen sich einer hoheitlichen Gewalt unterwerfen? Wird er konkret durch die Gesamtheit der Regeln ausgeschöpft, die in einer Verfassung seine Gestalt regeln? Oder ist mehr gemeint ein reales, politisch-soziales Substrat, eine durch gemeinsame Kultur, Sprache oder Wertüberzeugungen verbundene und konstituierte Gemeinschaft?

Dieses Problem führt zu umstrittenen Fragen der Staatslehre und Demokratietheorie: Haben Kollektive überhaupt eine Identität? Sind Identitäten nicht an Individuen, an Personen gebunden? Sind Nationen mehr als symbolische oder politische instrumentalisierte Konstrukte? Oder muss man sie gerade aus dem Zwielficht des Übelen befreien, den der Nationalismus über sie geworfen hat, wie z.B. die Kommunitaristen behaupten? Welchen Konsequenzen haben die Antworten auf diese Fragen für das Problem, welche Personengruppe das Staatsvolk bildet und damit für die Regelungen des Staatsbürgerschaftsrechts? Welche für den Kreis der Wahlberechtigten? Muss die Wohnbevölkerung und damit die der staatlichen Gewalt unterworfenen Personengruppe mit dem Wahlvolk aus demokratietheoretischen Gründen identisch sein? Oder müssen die, die nicht zur substantiellen Gemeinschaft gehören gerade vom Wahlakt ausgeschlossen werden? Kann ein Staatsvolk multikulturell sein oder braucht der Staat ein homogenes personales Substrat?

Diese alten Fragen müssen mit neuer Dringlichkeit beantwortet werden, weil gegenwärtig quer durch alle politischen Lager formuliert wird, das Deutschland ein Einwanderungsland der Zukunft sei und aus demographischen Gründen auch sein müsse. Gleichzeitig impliziert die Diskussion um innere Sicherheit und Terrorbekämpfung, dass eine freiheitliche Gesellschaft eine anti-fundamentalistische Identität, eine Art Minimalkonsens voraussetzt, der häufig als Verfassungspatriotismus gekennzeichnet wird.

Karsten Krüger wendet sich in diesem Rahmen einem Konzept zu, dass zunächst einmal davon ausgeht, dass es Gruppenidentitäten gebe und die Gruppenmitglieder diese Identitäten auch praktisch ausleben wollten. Unter dieser Voraussetzung stelle sich also das Organisationsproblem, den verschiedenen Gruppenidentitäten jeweils ihre Entfaltung zu ermöglichen. Nach der Erörterung verschiedener Modelle greift der Beitrag ein Modell auf, dass in grundlegend anderer Weise als gewöhnlich diskutiert, die Integration von Minderheiten und Migranten befördern wolle: das Konzept der personalen Autonomie, von den Austromarxisten Bauer und Renner entwickelt und der Sache nach heute von Kymlicka vertreten, dass den betroffenen Gruppen eine begrenzte Hoheit in der Regelung ihrer Angelegenheiten zubillige.

Wenn *Karsten Krüger* die Frage der Organisation verschiedener ethnischer Identitäten umkreist, untersucht *Michael Hirsch* die Frage, welche Überzeugungskraft die These eigentlich habe, dass ein Staat Ausdruck einer substantiellen Identität sein müsse. Er rekapituliert dazu den Staatsbegriff Hegels und Schmitts, die in jeweils unterschiedlicher Weise eine solche Identität behaupteten. Diese Identität sei dabei sogar religiös-theologisch überhöht und die Faktizität des Staates mit sakraler Legitimität versehen worden. Der Beitrag versucht nachzuweisen, dass ein ähnlicher Gedankengang in *Leforts* Arbeiten reproduziert werde, der scheinbar von der Vorstel-

lung einer substantiellen Identität des Staates Abstand nehme. Gegen diese Ansätze wirbt der Beitrag für einen Staatsbegriff, der liberalen, normativistischen Grundsätzen der Aufklärung entspringt und der substantiellen Einheit des Staates die Konstruktion demokratischer politischer Verfahren entgegensetzt, durch die sich die Vielfalt der Staatsbürger artikulieren könne.

Auch *Christoph Konrath* umkreist den Begriff der Identität und seine Bedeutung für den Staat. Ihn interessiert dabei nicht wie Michael Hirsch, ob der Staat als substantielle Einheit aufzufassen sei, sondern ob der Staat eine gemeinsame Identität der in ihm verbundenen Menschen schaffen solle: der Staat als Identitätsstifter ist sein Thema. Dabei greift er auf Konzepte wie kollektives oder kulturelles Gedächtnis zurück, die beschrieben, wie sich die Identitäten der Menschen historisch bildeten und weiterentwickelten. Autoren wie Halbwachs oder Assmann sind für seine Überlegungen dabei von besonderer Bedeutung. Die spezifische Rolle der Nationalstaaten, die diese bei der Bildung der Nationen gebildet hätten, wird beleuchtet und dargestellt, wie der Staat die Identitätsbildung befördern könne.

e) Gerechtigkeit

Keine Diskussion um den Staat kommt um die Frage herum: Ist die Ordnung, die dieser Staat verkörpert gerecht? Gerechtigkeit ist, wie Rawls formulierte, für soziale Institutionen wie den Staat die erste Tugend wie Wahrheit für Theorien.⁵¹ Die Gerechtigkeit der Staatsordnung markiert dabei in gewisser Weise sogar den Beginn der philosophischen Reflexion über den Staat: In Platons *Politeia* wird eine Staatsordnung entworfen, weil in ihr als großer sozialer Institution die Gerechtigkeit sichtbarer sei als im kleinen der menschlichen Verhältnisse.⁵² Gerechtigkeit als Teil und manchmal auch als Inbegriff einer materialen Wertethik wirft die Fragen auf, denen jede materiale Wertethik ausgesetzt ist: Welches Fundament besitzt sie? Ist sie kognitiv und womöglich letztbegründet? Oder ist ihre Wurzel non-kognitiv, im subjektiven Wertgefühl oder sich wandelnden kulturellen Traditionen begründet? Ist ihr Geltungsanspruch universalistisch oder relativ? Vor allem: Was ist überhaupt der Inhalt des Gerechtigkeitsprinzips? Hat es überhaupt einen oder ist es nur eine Leerformel, die vortäuscht, was sie tatsächlich versagt, nämlich normative Orientierung zu gewähren? Welche Maßstäbe spielen eine Rolle? Leistung? Bedürfnis? Zu welchen normativen Prinzipien und institutionellen Arrangements führen diese Prinzipien im nationalen Bereich und auf internationaler Ebene?

Carola v. Villiez entwickelt in ihrem Beitrag ein Kohärenzmodell der internationalen Gerechtigkeit. Ethische Maßstäbe werden dabei nicht letztbegründet, sondern werden aus bestehenden faktischen Kulturzusammenhängen gewonnen. Diese Kulturzusammenhänge seien aber nicht mehr traditionell in nationalem Rahmen aufzufassen. Vielmehr bestehe der Kohärenzmaßstab in einer globalen Rechtskultur. Ausgangspunkt der Überlegung ist die Anerkennung der Gleichberechtigung der Staaten. Auf einer zweiten Ebene bildeten sich aber Rechtsstrukturen auf einer transnationalen Ebene und auf einer dritten Ebene sogar auf globalem Niveau aus. Wegen der Existenz einer solchen rechtlichen Weltkultur sei eine globale Gerechtigkeitstheorie konzipierbar. Menschenrechts-Mindeststandards seien dabei eine Grenze der

51 Rawls, (Fn. 23), 3

52 Platon, *Politeia*, 368e

einzelstaatlichen Souveränität. Insofern seien auch Einmischungen in ihre inneren Angelegenheiten möglich.

Felix Ekardt geht in seinem Beitrag dem neueren Aspekt der intergenerationellen Gerechtigkeit nach. Zur wirksamen Implementation des ökologischen Prinzips der Nachhaltigkeit schlägt er eine Einbeziehung zukünftiger Generationen in aktuelle richterliche Güterabwägungen über „Vorwirkungen“ von Grundrechten vor. Dieser Vorschlag fordert eine ganze Reihe von Rückfragen heraus: bringt er gegenüber dem Staatsziel des Art. 20 a GG dogmatisch wirklich mehr? Müsste die Vorwirkung dazu nicht durch repräsentative Vertretung und Klagerecht - mit allen Problemen der Legitimation advokatorischer Diskurse - ergänzt werden? Weiter könnte gefragt werden, ob die Grundrechte der richtige Ansatzpunkt sind. Führen sie nicht weiter hinein in den Richterstaat und den Grundrechtspaternalismus? Müsste aus demokratietheoretischer Sicht nicht versucht werden, die Unterrepräsentation langfristiger Interessen im politischen System zu ändern, womöglich durch ein Wahlrecht für alle geborenen Menschen, wie zuweilen – freilich mit den gleichen Problemen advokatorischer Ausübung - vorgeschlagen wird?

f) Recht und Staatlichkeit in Transformationsgesellschaften

Probleme der Staatlichkeit stellen sich in besonderer Weise für die Gesellschaften, die den Staatssozialismus abgeschüttelt haben. Neben den Problemkreisen, die sich für alle politischen Gemeinschaften stellen treten hier noch weitere hinzu. Gibt es besonders geeignete Formen staatlicher Organisation? Wie kann die Neuorganisation der Wirtschaft staatlich eingehegt werden ohne soziale Katastrophen zu erzeugen? Wie ist mit möglichem Systemunrecht umzugehen? Rechtlich? Politisch-moralisch? Bietet der moderne Verfassungsstaat einen geeigneten Anknüpfungspunkt? Welche Institutionen sind zu bilden? Welche Rolle spielt ein Verfassungsgericht?

Piotr Czarny gibt in diesem Rahmen einen Überblick über die theoretischen und rechtlichen Grundlagen der polnischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Er zeichnet nach, wie das Verfassungsgericht bereits im sozialistischen System etabliert wurde und erörtert, welche Rolle es in der gegenwärtigen Situation der Transformation der polnischen Gesellschaft in ein neues politisches und wirtschaftliches Gefüge spielt. Er umreißt rechtsvergleichend dessen Kompetenzen. Der historische und rechtliche Überblick wird durch eine soziologisch-politischen ergänzt: Der Beitrag unterrichtet, welchen politischen und sozialen Einflüssen das Verfassungsgericht ausgesetzt ist und welche Bedeutung diese Einflüsse hatten und in der Zukunft haben werden.

IV. Ausblick: einige Thesen zum Staat der Zukunft

These 1: Durch den Bedeutungsverlust des Nationalstaats wird die klassische politische Verfassung vor neue Herausforderungen gestellt: Wenn Gemeinwohlverantwortung zukünftig in einem auch funktional differenzierten (Sicherheit, Wirtschaft, Umwelt, Gesundheit etc.) Mehrebenensystem (lokal, regional, national, kontinental, international) zwischen öffentlichen (Nationalstaat, Supra- und Internationale Organisationen) und privaten (Zivilgesellschaft, Wirtschaft, Wissenschaft, Kultur etc.) Akteuren geteilt und kooperativ wahrgenommen wird, dann werden sich neuartige funktionsspezifische Verfassungen für diese Teilrechtsordnungen herausbilden. Dazu gehören neben Wirtschaftsverfassungen auch andere Formen von Privatrechtsverfassungen für zivilgesellschaftliche Assoziationen und Institutionen, ökonomisch domi-

nierte Privatregimes und Mischformen (public-private-partnerships, hybrid cross-border governance).

These 2: Die normativen Maßstäbe für diese Ordnungen sind deutlich und offen zu formulieren und um ihre Gewichtung ist ohne begriffliche Verhüllungsversuche zu streiten. Dabei kann ein Wettbewerb der Rechtsordnungen durchaus ein innovationsförderndes Modell auf der Suche nach intelligenten Institutionen sein. Freilich kann ökonomische Effizienz nicht alleiniger Maßstab für die Gestalt neuer sozialer Ordnungen sein, schon gar nicht im Gewand vermeintlich objektiver Notwendigkeiten von normativen Begründungszwängen entbinden. Vielmehr muss jede Form von Herrschaftsverbänden (Governance) als verfasste Autonomie ausgestaltet und im Hinblick auf ihre Funktion und Drittwirkungen je spezifischen Anforderungen an Grundrechtsfreundlichkeit, staatsbürgerliche Solidarität und ökologische Verantwortlichkeit genügen. Die neuzeitliche Vernunftmoral mit ihren Kerngehalten der Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Solidarität ist ebenso zu rezipieren wie die philosophische Ethik der ökologischen Nachhaltigkeit.

These 3: Eine Diskussion um den Staat der Zukunft darf die Berührung politischer und gesellschaftlicher Machtfragen nicht scheuen. Der demokratische Verfassungsstaat ist die Organisationsform der Volkssouveränität. Die politische Macht der Staatsbürger geht in ihren wesentlichen Aspekten genau so weit, wie die Macht des Staates reicht. Einerseits darf die Modernisierung der Staatsstruktur (New Public Management) nicht zur verschleierte Entmachtung der Staatsbürger führen. Wo andererseits Allgemeinwohlbelange zunehmend von Privatregimes und Hybriden wahrgenommen werden, ist die Teilhabe der Menschen an dieser in der Gesellschaft ausgeübten Macht zu sichern. Die klassischen Phänomene der Ausübung öffentlicher Autonomie werden dabei durch privatautonome Formen der Legitimation ergänzt, z.T. um den Preis einer Politisierung der Privatautonomie. Die demokratischen Mindestbedingungen der Legitimität von Herrschaftsverhältnissen, die von der Philosophie der Aufklärung formuliert wurden, dürfen auch in Zukunft nicht unterschritten werden.

These 4: Die universellen Menschenrechte besitzen neben anderen fundamentalen Rechtsprinzipien wie Privatautonomie, Demokratie und Rechtsstaat (Rechtssicherheit, due process, audiatur et altera pars etc.) einen Legitimationsgrad, der sie aus dem historischen Entstehungskontext politischer Verfassungen von Nationalstaaten ablöst und sie zu generellen Ausprägungen der Gerechtigkeit und des moralisch Guten macht, die kontextunabhängig globale Geltung beanspruchen. Gleichzeitig bedürfen sie einer kontextspezifischen Konkretisierung in den lokalen und funktionalen Teilrechtsverfassungen. Der Gleichheitssatz z.B. erhält dadurch je nach Sinnzusammenhang unterschiedliche Ausformungen. Neben die traditionellen Bedeutungen der Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtssetzungsgleichheit treten neue Ausprägungen etwa als an Marktbeherrscher gerichtetes, kartellrechtliches Diskriminierungsverbot mit der Folge von Kontrahierungszwängen und Zugangsansprüchen zu wesentlichen Leistungen. Die Etablierung solcher Teilverfassungen von Privatregimes als Konkretisierung universeller Rechtsgrundsätze kann die Frage nach einer Drittwirkung von Grundrechten nachrangig machen.

These 5: Nationalstaatliche Anerkennungsakte gegenüber gesellschaftlichen Privatregimes oder internationalen Hybridregimes erlangen im nationalen Recht eine größere Bedeutung. Dem Nationalstaat kommt im Hinblick auf die Legitimität des Rechts die Aufgabe eines „lender of last resort“ zu, da soziales und globales Recht einerseits jedenfalls im Extremfall auf das beim Staat verbleibende Gewaltmonopol zur Durchsetzung und Bewährung des Rechts angewiesen bleiben, der Nationalstaat

andererseits auch in Zukunft die zuverlässigste Quelle demokratischer Legitimität bleiben wird. Dem nationalen Recht und hier vornehmlich der Verfassung sind die Maßstäbe der Anerkennung zu entnehmen, und in eben diesen Maßstäben der bedingten Anerkennung liegt die Chance zur nationalstaatlichen Beeinflussung nicht-staatlicher Rechtsregimes.

These 6: Jede Diskussion um den Staat der Zukunft sollte vermeiden, sich durch fehlende empirische Verankerung jeder Plausibilität zu entkleiden. Weitgehende theoretische Aussagen sind empirisch zu fundieren. Bei einer Staatsquote von zwischen 40 und 50% erscheint etwa so manche Diskussion um den Bedeutungsverlust des Staats als absurd und verdeckt nur die eigentlich entscheidende Frage: in welchen politischen Formen wirkt das große Gewicht des Staats? Bei der empirischen Bestandsaufnahme gilt es insbesondere die Auswirkungen vergangener Reformen, etwa großer Privatisierungen (und deren zuweilen kostenträchtiges Scheitern wie z.B. jüngst bei der britischen Bahn oder der kalifornischen Energieversorgung) in den Blick zu nehmen und Kosten und Nutzen für die Gemeinschaft nüchterner und un-dogmatischer als bisher zu bilanzieren.

These 7: Die Debatte um eine Privatisierung ist durch Differenzierung zu entideologisieren. Auf die Spatzen pragmatisch lösbarer Probleme sollte nicht mit den Kanonen von Großtheorien geschossen werden. Die Privatisierung der Wartung von Polizeifahrzeugen berührt z.B. sicher nicht wesentliche Fragen des Demokratieprinzip oder des Grundrechtsschutzes. Hier sollten pragmatische Effizienzentscheidungen Leitlinien sein. Die Balance zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Medien dagegen kann ein Kernproblem der demokratischen Willensbildung eines Gemeinwesens bilden. Entsprechend sorgfältig müssen in solchen Fällen verschiedene Wertkomplexe abgewogen werden. Zur Bestimmung der verbleibenden Kernkompetenzen des Staats gilt jedenfalls als Klugeheitsregel, dass bei der Privatisierung in den besonders grundrechtssensiblen Bereichen der Eingriffsverwaltung besondere Vorsicht geboten ist. Die noch lange nicht bewältigten Vorgaben der Europäischen Wirtschaftsverfassung (Art. 81 ff. EGV) zielen dementsprechend vorrangig auf einen Rückzug des Staates aus privatwirtschaftlicher Tätigkeit.

These 8: Der Staat der Zukunft sollte keiner substantiellen Identität verpflichtet sein als dem Universalismus der Menschenrechte. Die Rechtsstrukturen, die diesen Universalismus supranational und international verkörpern sind gegen die bestehenden beträchtlichen Widerstände zu stärken und gegen die philosophische Kritik aus dem Geiste einer partikularistischen Ethik zu verteidigen. Der säkulare, liberale, nachmetaphysisch gehärtete Geist des Weltbürgertums der philosophischen Aufklärung ist weiterhin das stärkste Gegengift gegen das Gespenst des archaischen Kampfes der Kulturen und Religionen.

Dr. Galf-Peter Calliess

Johann Wolfgang Goethe-Universität

Institut für Arbeits-, Wirtschafts- und Zivilrecht

Senckenberganlage 31/III

D – 60325 Frankfurt am Main

Calliess@web.de

Dr. Matthias Mahlmann
Freie Universität Berlin
Fachbereich Rechtswissenschaft
Van't-Hoff-Str. 8
14195 Berlin
mahlmann@zedat.fu-berlin.de